

LA PUBLICIDAD INFANTO-JUVENIL EN ESPAÑA

MARTA MORILLAS FERNÁNDEZ

Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil Universidad de Granada

EXCEROTOS

“En relación a las edades de los menores para asumir los contenidos publicitarios, los criterios seguidos en términos generales son: a) Especialmente recomendados para la infancia; b) Para todos los públicos; c) No recomendados para menores de siete años; d) No recomendados para menores de trece años; e) No recomendados para menores de dieciocho años”

“El desarrollo de competencias cognitivas e interpretativas a través de programas de educación para los medios de comunicación tiene una repercusión positiva en la interacción con la publicidad”

“Cuanto menor es la edad del público al que se dirige el anuncio, mayor es su credulidad y vulnerabilidad, y por tanto, mayor la necesidad de otorgarle especial protección”

“Las redes sociales se han convertido en uno de los fenómenos más impactantes a los que la sociedad actual ha de hacer frente, debido a la continua utilización que de las mismas se hace”

I. Introducción

Los menores de edad constituyen un elemento esencial en la sociedad de la información, ya que tienen derecho a conocer los productos que les interesan de acuerdo con su edad. La publicidad, por tanto, es una parte importante en la vida del menor, en cuanto puede influir en su desarrollo personal para querer adquirir determinados productos. Sin embargo no podemos olvidar que se trata de un colectivo especialmente vulnerable, por la capacidad limitada que presentan, a la hora de valorar la información que reciben.

La publicidad destinada a menores, en términos generales, contiene unas técnicas de persuasión en las que no sólo es determinante su papel, sino también el de los padres o tutores que serán los que finalmente compren el bien. Reciben información fundamentalmente a través de la publicidad televisiva y de internet.

Las principales características del colectivo integrado por menores, niños o adolescentes, para que se haya producido un importante incremento de la publicidad dirigida a este sector, son las siguientes: a) los niños y adolescentes son clientes, compradores, gastadores y grandes consumidores. Representan una importante cuota de mercado, y por esta razón las empresas han desarrollado técnicas de marketing destinadas a informar, persuadir, vender y satisfacer como cliente a este colectivo; b) aunque ellos mismos afirman que no se ven influidos por la publicidad, es precisamente a través de este medio donde este sector de la población puede acabar opinando que algo es bueno o deseable; c) la influencia de la publicidad sobre ellos es alta porque todavía están buscando su opinión sobre las cosas, en definitiva, se les puede moldear con facilidad; d) como son influenciables y viven en una cultura altamente consumista, no tienen un criterio adecuado para afrontar la publicidad, y la consecuencia es que acaban deseando todo lo que ven anunciado. Además, utilizan un gran grado de convencimiento hacia los padres para conseguir el producto. A su vez, los jóvenes/niños son influidos por sus similares, quienes también quieren el producto en cuestión o ya lo han adquirido¹.

El objetivo principal de la normativa en la materia es adaptar la publicidad a la edad del menor, lo cual se hará en base a su capacidad natural de entender y querer y por tanto en relación al grado de madurez al que atiende. En este sentido, el ordenamiento jurídico español, contiene una serie de normas, en algunos casos contradictorias, pero que nos hacen observar los puntos de inflexión en relación a la capacidad para realizar actos jurídicos previos antes de alcanzar la mayor edad. Estas serían los 12, 14 y 16 años.

En relación a las edades de los menores para asumir los contenidos publicitarios, los criterios seguidos en términos generales son: a) Especialmente recomendados para la infancia; b) Para todos los públicos; c) No recomendados para menores de siete años; d) No recomendados para menores de trece años; e) No recomendados para menores de dieciocho años². Mientras que los contenidos parten del análisis de cuatro parámetros que resultan los más significativos: comportamientos sociales, violencia, conflictividad y sexo³.

Las edades que se plantean en relación al menor establecen una franja de 0 a 7 años, de 7 a 13 y de 14 a 18. Los contenidos en base a las materias anteriormente indicadas han de variar conforme a la edad, madurez y desarrollo que vayan adquiriendo.

El dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema “Un marco para la publicidad dirigida a los niños y jóvenes”, de 18 de septiembre de 2012, plantea que los niños hasta cierta edad no filtran la comunicación publicitaria, sobre todo cuando el mensaje es excesivo y se caracteriza por la repetición hasta la saciedad del mismo anuncio, por lo que tienden a asumir todos los mensajes como verdaderos y puede inducirseles a convertirse en consumidores compulsivos. Los niños ni siquiera comprenden los mensajes y advertencias contenidos en la publicidad, por lo que estos últimos no pueden ser considerados como un factor de prevención o de disuasión.

La percepción de la publicidad varía en función de los grupos de edad. Hasta los cinco años, los niños son incapaces de percibir las diferencias entre programación y anuncios, e incluso superada esta edad no reconocen a la publicidad su función persuasiva. Esta competencia surge solamente en torno a los ocho años, y aun así, no en el caso de todos los niños; esto no significa que puedan reconocer los mensajes como tendenciosos, enfatizando aspectos positivos y obviando otros más negativos del producto de que se trata. Cuando los niños mayores ven el anuncio como un factor de entretenimiento el impacto es mayor y su mayor capacidad de procesamiento de los mensajes publicitarios no los vuelve necesariamente inmunes a la publicidad y a sus intenciones, en la medida en que otras técnicas de persuasión más sofisticadas e igualmente eficaces permiten influir en sus comportamientos.

El desarrollo de competencias cognitivas e interpretativas a través de programas de educación para los medios de comunicación tiene una repercusión positiva en la interacción con la publicidad. No obstante, un mayor nivel de alfabetización mediática y una mayor comprensión de los mecanismos y efectos de la publicidad por parte de padres e hijos no representan una solución global para los efectos nocivos de la publicidad destinada a

los niños. Es fundamental preparar a los niños como futuros consumidores, apostando por la alfabetización mediática y por su capacitación desde la más tierna edad. No obstante, esto no resuelve de inmediato el problema del impacto de la dimensión excesiva y repetitiva de los anuncios, y puede no alcanzar a todos los niños, en particular a los de los medios socioeconómicos más desfavorecidos y más afectados por los efectos nocivos de la publicidad⁴.

En base a estos parámetros, el presente trabajo pretende analizar la normativa española, que a través de la trasposición de las directrices europeas, ha originado un conjunto de normas nacionales y autonómicas para regular la relación de la publicidad y los menores, protegiendo así los derechos que le asisten. Para ello nos centraremos, en ese amplio abanico legislativo y en la autorregulación de los profesionales como base para los códigos que complementan las leyes vigentes, y en las materias que más les afectan como pueden ser los alimentos. Necesario es, en este contexto, hacer referencia a la utilización del menor ante las redes sociales y a la publicidad que se deriva de la misma.

II. Normativa aplicable

1. Legislación nacional

El concepto sobre el que se ha de entender por publicidad viene dado en el artículo 2 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, modificada por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se reforma el régimen normativo de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios. Indica el precepto que se refiere a “toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones”.

El artículo 3 de la Ley General de Publicidad establece como ilícita aquella dirigida a menores que les incite a la compra de un bien o de un servicio, explotando su inexperiencia o credulidad, o en la que aparezcan persuadiendo de la compra a padres o tutores. No se podrá, en ningún caso y sin un motivo justificado, presentar a los niños en situaciones peligrosas. Igualmente no se deberá inducir a error sobre las características de los productos, ni sobre su seguridad, ni sobre la capacidad y aptitudes necesarias en el niño para utilizarlos sin producir daño para sí o a terceros.

La Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, en adelante LGCA, surge con la principal idea de que la normativa tiene que evolucionar con los tiempos y debe adaptarse a los nuevos desarrollos tecnológicos. La regulación de la publicidad, conforme a los criterios establecidos por la Directiva Comunitaria 2007/65/CE de Servicios de Comunicación Audiovisual del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre del 2007, ocupa una parte importante de esta ley.

Se presenta como norma básica no sólo para el sector privado sino también para el público, fijando, con el más absoluto respeto competencial que marca nuestra Constitución, los principios mínimos que han de inspirar la presencia en el sector audiovisual de organismos públicos prestadores del servicio público de radio, televisión y servicios interactivos. En el capítulo I del título II se trata de forma individualizada las obligaciones de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual en relación a los menores que merecen a juicio del legislador y de las instituciones europeas una protección especial. Está concebida como un instrumento de protección del consumidor frente a la emisión de mensajes publicitarios en todas sus formas en cuanto a tiempo y contenidos pero también con una normativa reguladora básica para impedir abusos e interpretaciones divergentes que han llevado, en el pasado, a la apertura de expedientes y discrepancias serias a la hora de interpretar los preceptos europeos.

Dicha ley articula la reforma del sector y dota a España de una normativa audiovisual acorde con los tiempos, coherente, dinámica, liberalizadora y con garantías de control democrático y respeto y refuerzo de los derechos de los ciudadanos, de los prestadores y del interés general⁵.

Es el artículo 7 de la mencionada Ley de Comunicación Audiovisual, el que nos establece las limitaciones para proteger a los menores en una doble vertiente. La primera referente a los contenidos y horarios de protección infantil. Y la segunda en relación a las limitaciones que han de contener las comunicaciones publicitarias.

En relación a la primera de ellas, establece el apartado segundo de dicho artículo que queda prohibida la emisión de contenidos audiovisuales que puedan perjudicar seriamente el desarrollo físico, mental o moral de los menores, y, en particular, la de aquellos programas que incluyan escenas de pornografía, maltrato, violencia de género o violencia gratuita. Aquellos otros contenidos que puedan resultar perjudiciales para el desarrollo físico, mental o moral de los menores solo podrán emitirse en abierto entre las

22 y las 6 horas, debiendo ir siempre precedidos por un aviso acústico y visual, según los criterios que fije la autoridad audiovisual competente. Con carácter general, y de acuerdo a las previsiones de la Ley 7/2010, el horario legal de protección de los menores queda fijado entre las 06:00 y las 22:00 horas, estableciendo franjas de protección reforzada en aquellas horas de más demanda de los menores en la televisión.

En este horario de protección al menor, los prestadores del servicio de comunicación audiovisual no podrán insertar comunicaciones comerciales que promuevan el culto al cuerpo y el rechazo a la autoimagen, tales como productos adelgazantes, intervenciones quirúrgicas o tratamientos de estética, que apelen al rechazo social por la condición física, o al éxito debido a factores de peso o estética.

La percepción
de la publicidad
varía en función
de los grupos
de edad

En segundo lugar y respecto a la publicidad especialmente dirigida a niños, es el artículo tres de la LGCA, la que establece las limitaciones de las comunicaciones comerciales para que no produzcan perjuicio moral o físico a los menores. Éstas son las siguientes: a) No deben incitar directamente a los menores a la compra o arrendamiento de productos o servicios aprovechando su inexperiencia o credulidad; b) No deben animar directamente a los menores a que persuadan a sus padres o terceros para que compren bienes o servicios publicitados; c) No deben explotar la especial relación de confianza que los menores depositan en sus padres, profesores, u otras personas; d) No deben mostrar, sin motivos justificados, a menores en situaciones peligrosas; e) No deben incitar conductas que favorezcan la desigualdad entre hombres y mujeres⁶; f) Las comunicaciones comerciales sobre productos especialmente dirigidos a menores, como los juguetes, no deberán inducir a error sobre las características de los mismos, ni sobre su seguridad, ni tampoco sobre la capacidad y aptitudes necesarias en el menor para utilizarlas sin producir daño para sí o a terceros⁷.

Es aquí, siguiendo la línea de lo anterior, en el sentido expresado de que la publicidad tiene que ir en consonancia con el desarrollo evolutivo de los menores, y que en ningún caso debe causarles un perjuicio, y por su semejanza con contenidos publicitarios que pudieran causarle un daño en su desarrollo moral, donde tenemos que destacar la sentencia de 20 de julio de 2012 de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

El objeto de la sentencia es determinar si es o no conforme a derecho la Resolución del Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información de 21 de mayo de 2010, por la que se impone a Gestevisión Telecinco, S.A., dos multas, por importes respectivos de 150.000 euros y 50.000 euros, como responsable de la comisión de dos infracciones administrativas de carácter grave, al vulnerar lo dispuesto en el artículo 17.2 de la Ley 25/1994⁸, en relación con el artículo 7.2, de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual, derogatoria de la anterior, que dispone: “Está prohibida la emisión en abierto de contenidos audiovisuales que puedan perjudicar seriamente el desarrollo físico, mental o moral de los menores, y en particular, programas que incluyan escenas de pornografía o violencia gratuita. El acceso debe posibilitar el control parental. Aquellos otros contenidos que puedan resultar perjudiciales para el desarrollo físico, mental o moral de los menores solo podrán emitirse entre las 22 y las 6 horas, debiendo ir siempre precedidos de un aviso acústico y visual, según los criterios que fije la autoridad audiovisual competente. El indicador visual habrá de mantenerse a lo largo de todo el programa en el que se incluyan dichos contenidos.”

En este caso, el programa emitido, cuyo contenido y alcance no es verdaderamente cuestionado por la recurrente –admite que la emisión es sin duda de contenido grosero y provocador–, muestra secuencias de contenido sexual difícilmente compatibles, con lo que, en términos de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del menor, puede razonablemente entenderse como adecuado para el desarrollo de los menores. Contenidos como el descrito pugnan, en criterio de la Sala, con el correcto desarrollo mental y moral de los menores, especialmente sensibles y vulnerables a productos como el emitido, que muestran contenidos de difícil, cuando no imposible, asimilación emocional en un contexto normal de desarrollo humano comúnmente aceptado por el cuerpo social.

Alega la recurrente ausencia de intencionalidad, pues no tenía conciencia ni intención de emitir un programa de estas características, basado más bien en la espontaneidad de los intervinientes.

La Sala no comparte esta apreciación, pues estima que Gestevisión Telecinco, S.A., ha emitido en horario de tarde, en franja horaria anterior a las 22.00 horas y antes de las 06.00 horas del día siguiente, y sin advertencia alguna, óptica o acústica, un programa cuyo contenido contraviene lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 25/1994, según términos que han quedado expuestos, evidenciándose, por tanto, la concurrencia del elemento

volitivo, pues la inobservancia de dicho precepto determina cuando menos una falta de diligencia, siendo ésta elemento bastante, desde el prisma de la culpabilidad, para considerar acreditados tanto los elementos objetivos como los subjetivos del ilícito administrativo sancionado.

La emisión televisiva puede perjudicar seriamente el desarrollo moral o mental de los menores, dadas las características y naturaleza de las secuencias del programa, con potenciales efectos perversos en el inconsciente de los espectadores menores de edad, comprometiendo su ideación de un mundo real en relación con las cosas, los sentimientos y las relaciones normales, en el tiempo y en el lugar, entre las personas.

2. Normativa autonómica

A nivel autonómico y en la misma línea de protección del menor ante la publicidad, existen numerosas leyes. Cada comunidad autónoma recoge los principios generales que las inspiran y las actuaciones concretas a que se comprometen las administraciones públicas, para la promoción y protección de los derechos de los menores que se consideran de mayor importancia para su desarrollo integral.

En líneas generales, entre otras, destacamos:

– Ley 1/1998, de 20 de abril, del Menor de Andalucía. En cuanto a la publicidad determina en su artículo 7 que las Administraciones Públicas de Andalucía velarán para que en los medios de comunicación social no se difundan programas o publicidad contrarios a los derechos de los menores y, en particular, se atenderá a que no contengan elementos discriminatorios, sexistas, pornográficos o de violencia. Igual vigilancia se extenderá a los sistemas informáticos de uso general o cualesquiera otros derivados de la aplicación de nuevas tecnologías. La publicidad en los medios de comunicación social no perjudicará moral o físicamente a los menores, debiendo respetar, a tal efecto, la legislación específica sobre la materia. Del tiempo máximo que puedan dedicar a la publicidad los medios televisivos, sólo podrá emplearse hasta un veinte por ciento para inserciones dirigidas a los menores. El lenguaje y los mensajes contenidos en la información y publicidad destinada a los menores deberán adaptarse a los niveles de desarrollo de los colectivos a quienes se dirijan.

– Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y Adolescencia de Aragón. Es el artículo 43 el que trata la publicidad dirigida a niños y adolescentes, y determina que la publicidad dirigida específicamente a los niños y adolescentes deberá estar sometida a límites reglamentariamente establecidos que obliguen

a respetar, entre otros, los siguientes principios de actuación: a) Lenguaje y los mensajes serán sencillos, comprensibles y adaptados al nivel de desarrollo de los colectivos infantiles y adolescentes a los que se dirige; b) Se evitará la publicidad de mensajes que fomenten la violencia o que atenten contra la dignidad de las personas, la publicidad sexista y la que implique difusión de ideas contrarias a los valores constitucionales. No se admitirán mensajes que establezcan diferencias o discriminaciones en razón del consumo del objeto anunciado; c) Se prohíbe la publicidad de bebidas alcohólicas, tabaco, locales de juegos de suerte, envite o azar y servicios o espectáculos de carácter erótico o pornográfico tanto en publicaciones infantiles y juveniles como en los medios audiovisuales, en franjas horarias de especial protección para la infancia, cuando se distribuyan o se emitan, respectivamente, en Aragón.

Se ocupa en su artículo 44, esta ley, de la protección ante el consumo, indicando que las administraciones públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias, deben velar porque los derechos de los niños y adolescentes, como colectivos de consumidores, gocen de defensa y protección especial. Promocionarán la información y la educación para el consumo y velarán por el estricto cumplimiento de la normativa aplicable en materias de seguridad y publicidad, defendiendo a los menores de las prácticas abusivas.

En cuanto a los productos dirigidos a estos colectivos no deben tener sustancias nocivas para su salud y deberán disponer de información adecuada y visible sobre su composición, características y uso, así como la franja de edad de los niños y adolescentes a los que van destinados. Queda prohibida la venta o transmisión a menores de objetos que fomenten o inciten a la violencia o actividades delictivas, que tengan contenido pornográfico o que comporten actitudes o conductas contrarias a los derechos y libertades fundamentales reconocidos por la Constitución y el vigente ordenamiento jurídico. Los productos comercializados dispondrán de las medidas de seguridad necesarias que eviten las consecuencias nocivas con un uso correcto y los efectos negativos de un posible uso inadecuado.

– Ley 6/1995, de 28 de marzo, de Garantías de Derechos de la Infancia y la Adolescencia de Madrid, en la línea de las anteriores, recoge en su artículo 38 las actividades prohibidas en torno a la publicidad de menores. La publicidad de locales de juegos de suerte, envite o azar y servicios o espectáculos de carácter erótico o pornográfico, estará prohibida tanto en publicaciones infantiles y juveniles, como en medios audiovisuales, cine, televisión, radio y vídeo, en franjas horarias de especial protección para la infancia, cuando se distribuyan o se emitan, respectivamente, por la Comunidad de Madrid. La

Administración de la Comunidad de Madrid velará por el cumplimiento de las prohibiciones y limitaciones a la publicidad de bebidas alcohólicas y de tabaco, establecidas en la legislación autonómica sobre drogodependencias. En cuanto a las actuaciones administrativas en materia de consumo, el artículo 39 dispone que se ofrecerá especial protección por las Administraciones Públicas de la Comunidad de Madrid a los derechos de los menores como consumidores, promocionándose la información y la educación para el consumo. Igualmente se velará por el estricto cumplimiento de la normativa aplicable en materias de seguridad y publicidad, defendiéndose a los menores de las prácticas abusivas⁹.

3. Autorregulación y códigos de conducta

El Informe Anual 2012 del organismo europeo de autorregulación publicitaria (EASA)¹⁰, indica que España se mantiene como el segundo país de la UE en el que más campañas publicitarias se someten a control previo voluntario antes de su difusión y registra un bajo número de reclamaciones contra campañas ya difundidas, debido al sistema de autorregulación español que complementa a las leyes vigentes.

Hace referencia la autorregulación al compromiso de responsabilidad social de la industria publicitaria, que se manifiesta en el cumplimiento de determinadas normas y principios deontológicos, con la finalidad de que la actividad publicitaria sea legal, honesta y leal. En todos los países de la Unión Europea, existen organismos de autorregulación publicitaria para gestionar esos sistemas. Ello beneficia a consumidores, garantizándoles una publicidad responsable, y a la industria, ya que disminuye los actos de competencia desleal facilitando un sistema preventivo¹¹.

En España se lleva a cabo a través de Autocontrol. Sectores con especial sensibilidad incitados por la Comisión Europea, Parlamento Europeo y/o gobierno nacional o por iniciativa propia han decidido establecer reglas específicas para su publicidad que en la mayoría de los casos desarrollan o sistematizan la legislación aplicable en ese sector y en otros casos establecen restricciones adicionales a las establecidas legalmente en interés de los consumidores o de públicos específicos (menores) Autocontrol se ha convertido en un organismo de referencia para la aplicación y control de los códigos sectoriales de todos los ámbitos publicitarios.

Parte del objetivo de gestionar el sistema español de autorregulación publicitaria y se trata de una asociación sin ánimo de lucro, compuesta por los principales anunciantes, agencias de publicidad, medios de comunicación y

asociaciones profesionales relacionadas con la actividad publicitaria en España. En este momento, Autocontrol cuenta con más de 449 miembros directos y 4.000 indirectos. Su objetivo es gestionar el sistema de autorregulación de la comunicación comercial sobre la base de tres instrumentos principales: un Código de Conducta, un órgano independiente (el Jurado de Autocontrol de la Publicidad) que se encarga de resolver las controversias y reclamaciones y un Gabinete Técnico que presta asesoramiento previo a la difusión del anuncio a través del servicio de Consulta Previa (Copy Advice®) y consultoría en materia de verificación del uso de cookies desde un punto de vista técnico y jurídico (Cookie Advice®)¹².

Desde su creación, Autocontrol ha tramitado 2.673 casos, convirtiéndose en el mecanismo preferente de resolución de controversias en materia publicitaria de nuestro país. Además, se han atendido más de 85.243 consultas previas sobre proyectos de anuncios, desde la puesta en marcha del servicio de consulta previa en 2001. Asimismo, gestiona 19 códigos sectoriales y tiene firmados 18 convenios de cooperación o correulación con la Administración.

El artículo 37 de la Ley 3/1999, de 10 de enero, de Competencia Desleal, modificada por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, se refiere al fomento de los códigos de conducta, ya que es cada vez más habitual la existencia de los mismos con el fin de conseguir unos parámetros equivalentes en las prácticas comerciales en relación a los consumidores, con el fin de elevar el nivel de protección de los consumidores y garantizando en su elaboración la participación de las organizaciones de consumidores.

Se trata de normas deontológicas aplicadas a toda comunicación publicitaria y basadas fundamentalmente en valor de la publicidad, el respeto a la Constitución y la legalidad, la buena fe, la no incitación a la violencia y comportamientos ilegales, el respeto al derecho al honor, la intimidad y la propia imagen, y la no discriminación entre otros aspectos.

Los códigos de conducta respetarán la normativa de defensa de la competencia y se les dará una publicidad suficiente para su debido conocimiento por los destinatarios¹³. A nivel comunitario se insta a los Estados miembros y a la Comisión a la promoción y desarrollo de estos sistemas de autorregulación en su doble vertiente de elaboración de códigos éticos y de creación y consolidación de mecanismo extrajudiciales de resolución de controversias¹⁴. Como códigos éticos, encontramos el Código de Conducta Publicitaria y el Código Ético de Confianza Online. Dentro de los códigos sectoriales, entre otros, sobre publicidad de los productos

dietéticos infantiles, publicidad en el juego, publicidad de juguetes, publicidad de videojuegos, publicidad de cine, o publicidad a alimentos y bebidas dirigidas a niños, Código PAOS, al que haremos referencia a continuación.

4. Publicidad de alimentos a menores

Destacamos entre los diversos códigos de autorregulación, el referente a la publicidad de alimentos y bebidas en prevención de la obesidad y la salud, por ser uno de los problemas en que intervienen más personas, no sólo la industria, la hostelería, la publicidad sino también los padres y por supuesto las autoridades sanitarias, entre otros.

El Código PAOS nació con vocación de aplicación a la publicidad de alimentos destinada a los menores de hasta 12 años, independientemente de quien sea el anunciante. Ha supuesto un avance en la regulación de la publicidad infantil de alimentos, no sólo porque establece los principios que han de seguir la ejecución y difusión de los mensajes publicitarios, sino también porque fija los mecanismos que garantizan el control y aplicación de las normas. El actual sustituye al anterior de 2005 y entró en vigor el 1 de enero de 2013, con un periodo transitorio de adaptación de seis meses para adaptar la publicidad dirigida a menores de 15 años en internet¹⁵.

El artículo 46 de la Ley 17/2011, de 5 de julio, de Seguridad Alimentaria y Nutrición bajo el epígrafe “Publicidad de alimentos dirigidos a menores de quince años”, hace un llamamiento al establecimiento de códigos de conducta que regulen las comunicaciones comerciales de alimentos y bebidas dirigidas a la población menor de 15 años.

La aplicación de las normas de este código se ponderará en función de la edad de los destinatarios del anuncio publicitario concreto. Cuanto menor es la edad del público al que se dirige el anuncio, mayor es su credulidad y vulnerabilidad, y por tanto, mayor la necesidad de otorgarle especial protección. Se exige mayor cautela en los mensajes publicitarios dirigidos a menores de hasta 12 años.

Se considerará que un mensaje publicitario va dirigido a menores de hasta 12 años (medios audiovisuales e impresos) o a menores de 15 años (internet) atendiendo principalmente a los siguientes criterios: a) Por el tipo de producto alimenticio promocionado; b) Por el diseño del mensaje publicitario: se considera dirigida a menores de hasta 12 años (o, en su caso, menores de 15 años) aquella publicidad diseñada de tal forma que por su contenido, lenguaje y/o imágenes resulte objetiva y mayoritariamente

apta para atraer de forma especial la atención o interés del público de tales edades; c) Por las circunstancias en que se lleve a cabo la difusión del mensaje publicitario: medios audiovisuales o impresos, o internet, dependiendo de la edad.

El código se divide en dos bloques fundamentales: normas éticas y normas de aplicación del código. En las primeras encontramos, la regulación en torno al principio de legalidad, de lealtad, educación e información nutricional, presentación de los productos, información de los productos, presión de ventas, apoyo y promoción a través de personajes y programas, identificación de la publicidad, presentaciones comparativas, promociones sorteos concursos y clubes infantiles, seguridad, tratamiento de datos personales, marketing, y la protección frente a contenidos inapropiados. Por su parte en el segundo bloque se recogen las normas referentes a la aplicación del código, vinculación, control – resolución extrajudicial, infracciones y sanciones- o comisión de seguimiento.

III. Menores, redes sociales y publicidad

1. Cuestiones previas

Las redes sociales se han convertido en uno de los fenómenos más impactantes a los que la sociedad actual ha de hacer frente, debido a la continua utilización que de las mismas se hace. Son en la actualidad una aplicación cuyo alcance está por determinar y que afecta de forma muy importante a la esfera jurídico personal de los sujetos, a la esfera de su personalidad y, muy especialmente, a la intimidad. La principal preocupación se circunscribe a que los sujetos usuarios de las redes exteriorizan la intimidad –extimidad– y desconocen en mayor medida la utilización que, de estos datos, se hace por parte de los proveedores de redes que, no lo olvidemos, son empresas con un fin económico.

La tecnología Web se pone al servicio de la comunidad, de esta forma los sujetos interactúan entre ellos, y se produce toda clase de indexación social, actividad que en esencia son datos amparados por el derecho a la intimidad y propia imagen, como derecho inherente a la personalidad de los sujetos¹⁶.

La Agencia Española de Protección de Datos indica que los mayores de catorce años disponen de las condiciones de madurez precisas para consentir, por sí mismos, el tratamiento automatizado de sus datos de carácter personal.

En este sentido es indispensable referirnos al Reglamento de Desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, que establece en su artículo 13 la posibilidad de proceder al tratamiento de los datos de los mayores de catorce años con su consentimiento, salvo en aquellos casos en los que la ley exija para su prestación la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela. En el caso de los menores de catorce años se requerirá el consentimiento de los padres o tutores.

En ningún caso, podrá recabarse del menor datos que permitan obtener información sobre los demás miembros del grupo familiar o sobre las características del mismo, como relativos a la actividad profesional de los progenitores, información económica, datos sociológicos o cualesquiera otros, sin el consentimiento de los titulares de tales datos. No obstante, podrán recabarse los de identidad y dirección del padre, madre o tutor, con la única finalidad de recabar la autorización prevista en el apartado anterior.

El reglamento también establece, en su artículo 13.3, que, cuando el tratamiento se refiera a datos de menores de edad, la información dirigida a los ellos deberá expresarse en un lenguaje que sea fácilmente comprensible por aquéllos. El análisis de varias redes sociales muestra que, si bien para acceder a las ellas hay que indicar la edad y el contenido de la casilla de seguridad, algunas no establecen ninguna otra medida para verificar la edad.

Indudablemente la red social ha de asumir su responsabilidad como receptora con plena disposición sobre los perfiles y otros datos de carácter personal facilitados por los usuarios. La actitud de la propia red será jurídicamente reprochable dependiendo de las circunstancias, ya que la difusión de tales datos será lícita sólo cuando: a) se derive del ejercicio de derechos fundamental; b) se lleve a cabo en cumplimiento de obligaciones legales. c) se produzca con el consentimiento inequívoco del afectado, para lo que será necesario que la red social haya cumplido con la obligación en relación a los buscadores, respecto a la claridad y fácil comprensión de los avisos legales y políticas de privacidad. Es por esto que resulta fundamental, de cara a proteger la privacidad de los integrantes de la red social, la lectura detallada de las *Condiciones Generales de Uso*¹⁷.

El consentimiento debe ser prestado siempre con anterioridad a la recogida de datos, lo que es garantía de que el titular conoce la finalidad, sus derechos y los datos del responsable del fichero. La regla general establecida por la ley de protección de datos es la de solicitar a los titulares de los datos el consentimiento libre, específico, informado e inequívoco.

2. Protección del menor en la publicidad interactiva

En la línea de lo expuesto hasta ahora, el Código Ético de Confianza Online fue presentado públicamente el 28 de noviembre de 2002 y entró en vigor en enero de 2003. Ésta es su última versión, con las modificaciones introducidas en 2011, para adaptarlo a los desarrollos tecnológicos en la materia así como a las recomendaciones indicadas por la Dirección General de Consumo de la Comunidad de Madrid y a las exigencias recogidas en la Ley de Competencia Desleal en materia de regulación de códigos de conducta¹⁸.

Los servicios ofrecidos a través de los medios electrónicos de comunicación a distancia son múltiples y muy variados. Abarcan una amplia variedad de actividades económicas remuneradas, de las que forman parte las transacciones contractuales, así como servicios no remunerados, como las comunicaciones comerciales.

Es evidente, por lo demás, que la publicidad que se difunde a través de internet y otros medios electrónicos de comunicación a distancia queda sometida a las normas generales que regulan la actividad publicitaria. Mediante el Código Ético de Confianza Online, todas estas entidades manifestaron su serio compromiso por crear y sostener, en el marco de la defensa del ejercicio de la ética y deontología profesional, un sistema integral de autorregulación relativo a la publicidad y a las transacciones comerciales con los consumidores en los medios electrónicos de comunicación a distancia.

Este sistema de autorregulación, con vocación de universalidad para todo el territorio español y de aunar las voluntades del mayor número de instancias profesionales dedicadas a la realización, fomento y defensa del desarrollo de la publicidad y el comercio en los nuevos medios, resulta comprensivo tanto de las comunicaciones comerciales como de los aspectos contractuales derivados de las transacciones comerciales que las entidades realicen con los consumidores a través de internet y otros medios electrónicos e interactivos. La protección de datos personales, la accesibilidad y usabilidad y la protección al menor de edad, por supuesto, quedan también comprendidas en el ámbito de regulación material del presente código, siendo éstas áreas que requieren de una adecuada salvaguarda en el desarrollo tanto de actividades publicitarias como de transacciones contractuales con los consumidores.

Es el artículo 3, el que contiene los principios generales, en relación a la publicidad, y establece que: “ 1.– La publicidad en medios electrónicos de comunicación a distancia deberá ser conforme a la ley aplicable, leal, honesta y veraz, en los términos en que estos principios han sido desarrollados por el Código de Conducta Publicitaria de Autocontrol y por el Código de Práctica

Publicitaria de la Cámara de Comercio Internacional. 2.– La publicidad en medios electrónicos de comunicación a distancia deberá respetar las normas recogidas en los Códigos mencionados en el párrafo anterior, así como aquellas otras que se recojan en los Códigos sectoriales contemplados en el artículo 8 del Código de Conducta Publicitaria de Autocontrol. 3.– La publicidad en medios electrónicos de comunicación a distancia deberá ser elaborada con sentido de la responsabilidad social, y no deberá constituir nunca un medio para abusar de la buena fe de sus destinatarios, evitando así que pueda deteriorarse la confianza del público en estos medios. 4.– La publicidad en medios electrónicos de comunicación a distancia no tendrá contenidos que atenten contra la dignidad de la persona, o sean discriminatorios (por razón de nacionalidad, raza, sexo, orientación sexual, convicciones religiosas o políticas, o cualquier otra circunstancia personal o social), o que inciten a la comisión de actos ilícitos.”

Por lo que se refiere al menor, determina que será toda persona física que no haya alcanzado la mayoría de edad legal (18 años). Dentro de la minoría de edad, a los efectos de las normas de protección de datos en el marco de este código, se entenderá por: – Niño: Toda persona física menor de catorce años. – Adolescente: Toda persona física cuya edad esté comprendida entre los catorce y los dieciocho años.

En relación a la publicidad y protección de menores, el artículo 34 indica que la publicidad difundida en medios electrónicos de comunicación a distancia no deberá perjudicar moral o físicamente a los menores y tendrá, por consiguiente, que respetar los siguientes principios: a) Deberá identificar los contenidos dirigidos únicamente a adultos. b) No deberá incitar directamente a los menores a la compra de un producto o servicio, explotando su inexperiencia o su credulidad, ni a que persuadan a sus padres o tutores, o a los padres o tutores de terceros, para que compren los productos o servicios de que se trate. c) En ningún caso deberá explotar la especial confianza de los niños en sus padres o tutores, profesores u otras personas. d) No deberá, sin motivo justificado, presentar a los niños en situaciones peligrosas.

El artículo 36, por su parte, recoge el tratamiento de datos de menores, que podemos sintetizar en las siguientes líneas 1.– Las entidades adheridas a este código deberán tener en cuenta la edad, el conocimiento y la madurez

Es fundamental
preparar a los
niños como futuros
consumidores,
apostando por
la alfabetización
mediática y por su
capacitación desde
la más tierna edad

de su público objetivo. En ningún caso podrán recabarse del menor datos relativos o relacionados con la situación económica o la intimidad de los otros miembros de la familia. 2. – Se alentará a los menores a obtener autorización de sus padres, tutores o representantes legales antes de facilitar datos personales en línea (online), y establecer mecanismos que aseguren razonablemente, de acuerdo con el desarrollo de la tecnología, que han comprobado de modo efectivo la edad del menor y la autenticidad del consentimiento de aquéllos. Lo anterior no será necesario cuando la información sea solicitada a adolescentes, siempre que los términos en que se solicita su consentimiento estén redactados de forma que sean fácilmente comprensibles para ellos. 3. – Los padres o tutores podrán oponerse al envío de publicidad o información solicitada por los menores a su cargo, dirigiéndose para ello al responsable del fichero mediante un sistema que asegure su identidad. 4. – Se limitará la utilización de datos proporcionados por los menores con la única finalidad de la promoción, venta y suministro de productos o servicios objetivamente aptos para menores. 5. – En ningún caso podrán cederse los datos relativos a menores sin el previo consentimiento de sus padres o tutores. No será necesario recabar dicha autorización cuando la cesión sea solicitada a un 6. – Las entidades adheridas a este código deberán ofrecer a los padres o tutores información acerca de cómo proteger en línea (online) la privacidad de sus hijos o pupilos, así como facilitarles mecanismos para ejercer los derechos de acceso, rectificación, cancelación y determinación de la finalidad sobre los datos de aquéllos.

En la línea de lo comentado, hemos de destacar que el 23 de noviembre de 2013 se publicó en el BOE, el Real Decreto 869/2013, de 8 de noviembre, por el que se modifica el Real Decreto 1553/2005, de 23 de diciembre, por el que se regula la expedición del documento nacional de identidad y sus certificados de firma electrónica.

A través de la modificación introducida se va a poder dar respuesta a la demanda en cuanto al acceso de menores a las redes sociales. Se podrá verificar la edad del menor que accede y se registra a una red social o a una tienda online.

Como manifestamos con anterioridad, en España se han de tener 14 años para acceder a determinados contenidos de la web sin consentimiento paterno, ya que se considera que en esa edad el menor tiene la suficiente capacidad para hacerlo.

Notas

¹ Estudios de Consumo: *El impacto de la publicidad en el colectivo de la infancia y la adolescencia*. UNAE, Federación unión cívica de consumidores y amas de casa de Cataluña, pp. 2 y 3. En <http://www.unae.cat>.

² Los contenidos se clasifican según: El art. 7 de la Ley 7/2010, General de la Comunicación Audiovisual. 2. El art. 2 del RD 410/2002, de 3 de Mayo por el que se establecen criterios uniformes de clasificación y señalización para los programas de televisión. 3. El Código de Autorregulación de Contenidos Televisivos e Infancia al que se remite el artículo 7.6 de la LGCA. Sin perjuicio de las previsiones que se establecen en el artículo 7.6 de la Ley 7/2010 relativas a las instrucciones que dicte el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales, son éstas las edades orientadoras.

³ Código de autorregulación para la defensa de los derechos del menor en los contenidos audiovisuales, conexos, interactivos y de información en línea de la corporación RTVE, pp. 2 y 3.

⁴ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema “Un marco para la publicidad dirigida a los niños y los jóvenes”, de 18 de septiembre de 2012. MORILLAS FERNÁNDEZ, Marta. “La protección jurídica de los menores ante la publicidad: una visión común de España y Portugal”. En *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, vol. III, n. 10, junio 2013, p. 142.

⁵ MORILLAS FERNÁNDEZ, Marta. “La protección jurídica de los menores ante la publicidad: una visión común de España y Portugal”. En *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*. Vol. III, n.10, junio 2013, p. 139.

⁶ Entre otros, Código Deontológico de publicidad no sexista para la Comunidad Autónoma de Andalucía.

⁷ La realidad en torno a la aplicación de la ley nos viene dada en el Informe 2011 sobre la campaña de juegos y juguetes del Observatorio Andaluz de la Publicidad no Sexista, de la Conserjería para la Igualdad y el Bienestar Social de la Junta de Andalucía. al establecer, en términos generales que: El 63.64% de la publicidad sobre juegos y juguetes estudiados contiene tratamiento sexista e infringe algún punto del decálogo para la publicidad no sexista. Se mantiene el número de anuncios que contienen tratamiento sexista con respecto al mismo periodo del año anterior (63.49%). El 25.77% de los anuncios de juguetes examinados aparecidos en prensa, catálogos especializados y televisión han sido objeto de buenas prácticas. Aumenta en casi 3 puntos porcentuales (9.59%) el número anuncios de juguetes que destacan por no dirigir la publicidad a ningún sexo en concreto, con respecto al mismo periodo del año anterior. Respecto a los rasgos sexistas detectados en la publicidad estudiada; El 92.18% de los anuncios promueven modelos que consolidan pautas tradicionalmente fijadas para cada uno de los géneros (incumplimiento del punto 1 del decálogo para una publicidad no sexista). El 8.59% de los anuncios potencian estándares de belleza considerados como sinónimo de éxito (incumplimiento del punto 2 del decálogo para una publicidad no sexista). Por transmisión de estereotipos: El 40.79% de los anuncios estudiados corresponden a juegos imitativos de estereotipos orientados a chicas (mamás, atención y cuidado familiar, ama de casa, responsable de la limpieza del hogar, mujeres asociadas a los espacios privados y equiparar para la mujer los conceptos de belleza y éxito. Por tipología de juegos y juguetes: El 94.53% de los juguetes y juegos que pertenece a la tipología de aprendizaje personal contiene algún rasgo sexista en su publicidad (ejemplos: Nenuco y accesorios, Muñecas Bratz, muñecos de ToyStory, Air Raiders, Gormiti). Por el contrario, el 98.44% de los juegos educativos y el 97.66% de los juegos de mesa analizados siguen siendo ejemplos de

buenas prácticas publicitarias (ejemplos: Anatomicefa y Astrocefa, Aquadoodle, Cluedo, Bob Esponja). Destaca el descenso del tratamiento sexista detectado en la publicidad de los catálogos en formato papel de juegos y juguetes dirigidos a niñas y niños, publicados por grandes superficies (ejemplo: El Corte Inglés). Se observa una mejora en la manera de exponer sus productos, resultando más neutral y por tanto evitando la transmisión de roles de género tradicionalmente asociados a chicas y chicos. Resumen ejecutivo pp. 3 y 4.

⁸ Ley 25/1994, de 12 de julio, que incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, fue derogada por la actual Ley de Comunicación Audiovisual. El artículo 17 de la Ley 25/1994, establecía, bajo la rúbrica “Protección de los menores frente a la programación”, en lo que aquí nos interesa, las siguientes prescripciones: “1. Las emisiones de televisión no incluirán programas ni escenas o mensajes de cualquier tipo que puedan perjudicar seriamente el desarrollo físico, mental o moral de los menores, ni programas que fomenten el odio, el desprecio o la discriminación por motivos de nacimiento, raza, sexo, religión, nacionalidad, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social. 2. La emisión de programas susceptibles de perjudicar el desarrollo físico, mental o moral de los menores sólo podrá realizarse entre las veintidós horas del día y las seis horas del día siguiente, y deberá ser objeto de advertencia sobre su contenido por medios acústicos y ópticos. Cuando tales programas se emitan sin codificar, deberán ser identificados mediante la presencia de un símbolo visual durante toda su duración. 3. Al comienzo de la emisión de cada programa de televisión y al reanudarse la misma, después de cada interrupción para insertar publicidad y anuncios de televenta, una advertencia, realizada por medios ópticos y acústicos, y que contendrá una calificación orientativa, informará a los espectadores de su mayor o menor idoneidad para los menores de edad. En el caso de películas cinematográficas esta calificación será la que hayan recibido para su difusión en salas de cine o en el mercado del vídeo, de acuerdo con su regulación específica. Ello se entiende sin perjuicio de que los operadores de televisión puedan completar la calificación con indicaciones más detalladas para mejor información de los padres o responsables de los menores. En los restantes programas, corresponderá a los operadores, individualmente o de manera coordinada, la calificación de sus emisiones.”

⁹ Entre otras y en la misma línea que las citadas, destacamos: Ley 1/1997, de 7 de febrero, de Menores de Canarias, artículo 36 y ss. Ley 1/2006, de 28 de febrero, de Protección de Menores de La Rioja, art.26 y ss. Ley núm. 17/2006, de 13 de noviembre. Integral de atención y de derechos de infancia y adolescencia de Illes Balears, art.46 y ss. Ley núm. 4/1997, de 10 de abril, de Medidas de prevención y control de la venta y publicidad para menores de edad de Extremadura. Ley núm. 2/1995, de 2 de marzo, de Prohibición de venta y publicidad a menores de bebidas alcohólicas de Castilla-La Mancha.

¹⁰ La European Advertising Standards Alliance (EASA), con sede en Bruselas, es “la voz única de la industria publicitaria europea en materia de autorregulación”. Este organismo engloba a todos los organismos de autorregulación publicitaria europeos y que está formada por 34 organismos de autorregulación de la UE, así como por organismos internacionales como Suiza, Turquía, Canadá, Sudáfrica, Brasil...y 16 asociaciones de la industria publicitaria europea. Entre sus objetivos se encuentra ser el interlocutor ante las Instituciones Europeas; la promoción y apoyo de la autorregulación (europea y nacional) y la coordinación del sistema de reclamaciones transfronterizas (cross-border complaints system).

¹¹ MORILLAS FERNÁNDEZ, Marta. “La protección jurídica de los menores ante la publicidad: una visión común de España y Portugal”. En *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, vol. III, n. 10, junio 2013, p. 134.

¹² Informe Anual 2012 del organismo europeo de autorregulación publicitaria (EASA). www.autocontrol.es

¹³ Artículo 37. LCD: “3. Las Administraciones públicas promoverán la participación de las organizaciones empresariales y profesionales en la elaboración a escala comunitaria de códigos de conducta con este mismo fin. 4. Los sistemas de autorregulación se dotarán de órganos independientes de control para asegurar el cumplimiento eficaz de los compromisos asumidos por las empresas adheridas. Sus códigos de conducta podrán incluir, entre otras, medidas individuales o colectivas de autocontrol previo de los contenidos publicitarios, y deberán establecer sistemas eficaces de resolución extrajudicial de reclamaciones que cumplan los requisitos establecidos en la normativa comunitaria y, como tales, sean notificados a la Comisión Europea, de conformidad con lo previsto en la Resolución del Consejo de 25 de mayo de 2000 relativo a la red comunitaria de órganos nacionales de solución extrajudicial de litigios en materia de consumo o cualquier disposición equivalente. 5. El recurso a los órganos de control de los códigos de conducta en ningún caso supondrá la renuncia a las acciones judiciales previstas en el artículo 32”. En relación a los códigos de conducta y la defensa de la publicidad legal, veraz y honesta, hemos de destacar a la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial, formada por más del 70% de la inversión publicitaria de nuestro país. Se encarga de gestionar el sistema de autorregulación publicitario español, dividiendo su actividad en tres ámbitos: 1. Tramitación de las reclamaciones presentadas por los consumidores; 2. Elaboración de los códigos deontológicos y aplicación de éstos por el Jurado de la Publicidad; y 3. Servicio de consulta o CopyAdvice, que asesora sobre la corrección ética y legal de las campañas antes de su publicidad. Es el único organismo privado español reconocido por la Comisión Europea por cumplir los principios y requisitos, establecidos en la Recomendación 98/257/CE.

¹⁴ En la Unión Europea, el legislador comunitario ha recogido esta corriente en varias directivas, como en la Directiva 2002/58/CE sobre tratamiento de datos personales y protección de la intimidad en las comunicaciones electrónicas, así como en la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio sobre el comercio electrónico.

¹⁵ Código de corregulación de la publicidad de alimentos y bebidas dirigida a menores, prevención de la obesidad y salud (código PAOS). www.autocontrol.es

¹⁶ MORENO NAVARRETE, M.A, “Aspectos jurídico privados de las tecnologías Web 2.0 y su repercusión en el derecho a la intimidad”, en VV.AA., *La Protección Jurídica de la Intimidad*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 335-7.

¹⁷ Guía Legal: Protección del Derecho al Honor, a la Intimidad y a la propia Imagen en Internet. OBSERVATORIO DE LA SEGURIDAD DE LA INFORMACIÓN. Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación, pp. 5 y ss. En www.inteco.es

¹⁸ El contenido de este apartado se encuentra desarrollado, en el Código mencionado. En www.autocontrol.es